

**TÉRMINOS DE LA INDAGACIÓN PRELIMINAR
EN LA LEY 734 DE FEBRERO 5 DE 2002
VS
IMPUNIDAD**

AUTOR. LILIANA PAOLA GARCÍA KURE

DIRECTOR. JAIME MEJÍA OSSMAN

AÑO 2011

ESPECIALIZACIÓN EN DERECHO SANCIONATORIO

**TÉRMINOS DE LA INDAGACIÓN PRELIMINAR
EN LA LEY 734 DE FEBRERO 5 DE 2002
VS
IMPUNIDAD**

LILIANA GARCIA KURE

RESUMEN:

Con el presente trabajo se pretende analizar las consecuencias jurídicas que se generan por el término de la indagación preliminar a la luz de la Ley 734 de 2002, teniendo en cuenta que esta es de carácter eventual y previa a la etapa de investigación, pues solo tiene lugar cuando no se cuenta con suficientes elementos de juicio y por lo tanto, existe duda sobre la procedencia de la investigación disciplinaria; por consiguiente dicha indagación tiende a verificar y establecer con cierta aproximación la ocurrencia de la conducta si ella es constitutiva de falta disciplinaria y la individualización y la identidad de su autor.

.

INTRODUCCIÓN

La etapa de indagación preliminar prevista en el artículo 150 de la Ley 734 de 2002 no podrá excederse de seis (06) meses, la cual culminará con citación a audiencia, apertura formal de investigación disciplinaria o con el archivo Definitivo, procediendo esta última cuando pese al haber practicado las pruebas ordenadas en legal forma, no se logra individualizar al presunto infractor de la norma. Existiendo así dos situaciones especiales que a criterio de las finalidades del Derecho Sancionatorio, pueden resultar en un ejemplo de impunidad. Es claro

que si los fines del derecho disciplinario es la de salvaguardar la obediencia, la disciplina, la rectitud y la eficiencia de los servidores públicos. Es precisamente allí, en la realización del citado fin, en donde se encuentra el fundamento para la responsabilidad disciplinaria, la cual supone la inobservancia de los deberes funcionales de los servidores públicos o de los particulares que ejercen funciones públicas, en los términos previstos en la Constitución, las leyes y los reglamentos que resulten aplicables. El derecho disciplinario está integrado por todas aquellas normas sustantivas y adjetivas que exigen de los servidores públicos y ciertos particulares un específico comportamiento en el ejercicio de las funciones públicas como la disciplina, la obediencia y el comportamiento ético para asegurar la debida prestación y buena marcha de la función administrativa en desarrollo de los principios que la rigen como son la moralidad, imparcialidad, eficacia, celeridad, igualdad, economía y publicidad (art. 209 constitucional. De modo que si los presupuestos de una correcta administración pública son la diligencia, el cuidado y la corrección en el desempeño de las funciones asignadas a los servidores del Estado, la consecuencia jurídica de tal principio no podría ser otra que la necesidad de castigo de las conductas que atentan contra tales presupuestos, conductas que por contrapartida lógica son entre otras, la negligencia, la imprudencia, la falta de cuidado y la impericia.

La doctrina ius publicista reconoce que la potestad sancionadora de la Administración forma parte de las competencias de gestión que constitucionalmente se le atribuyen, pues es indudable que si un órgano tiene la facultad jurídica para imponer una obligación o para regular una conducta con miras a lograr la realización del interés general, el incumplimiento de ese mandato correlativamente debe implicar la asignación de atribuciones sancionatorias bien sea al mismo órgano que impuso la obligación o a otro distinto, con el propósito de asegurar la vigencia del orden jurídico mediante la imposición de los castigos correspondientes.

JURISPRUDENCIA

Es pertinente recordar que en los artículos 164 de la ley 734 del 2002 código disciplinario único conforme a lo normado en el artículo 73 de la ley 734 de 2002, en cualquier etapa de la actuación disciplinaria en que aparezca plenamente demostrado que el hecho atribuido no existió, que la conducta no está prevista en la ley como falta disciplinaria, que el investigado no la cometió, que existe una causal de exclusión de responsabilidad, o que la actuación no podía iniciarse o proseguirse, el funcionario del conocimiento, mediante decisión motivada, así lo declarará y ordenará el archivo definitivo. El artículo 164 de la Ley 734 establece que procede el archivo definitivo de la investigación en los casos del art. 73 e inciso 3 del art. 156 del CDU, y hará tránsito a cosa juzgada.

En la sentencia C-014 de 2003 de la Corte Constitucional magistrado ponente Jaime Córdoba el demandante hace alusión al régimen de revocatoria de los fallos judiciales en especial los artículos 123 124 y 125 de la ley 734 considera el demandante que son violatorios de los derechos de las víctimas, se puede presentar impunidad de los actos realizados por el funcionario público, el actor demanda la expresión sancionatorios, que hace parte del inciso primero y del párrafo del artículo 123 de la Ley 734 de 2002 y las siguientes expresiones que hacen parte del artículo 125: "a solicitud del sancionado. El sancionado podrá solicitar la revocación total o parcial del fallo sancionatorio, siempre y cuando no hubiere interpuesto contra el mismo los recursos ordinarios previstos en este código. La revocatoria procede contra fallos sancionatorios y no contra fallos absolutorios.

Hay lugar a ella de oficio o a petición del sancionado. Es decir, la autoridad disciplinaria puede disponerla por sí misma o a petición de la persona en quien

recayó la sanción. De acuerdo con esto, la eventual víctima de la conducta por la cual se investigó al servidor público no podría solicitar la revocatoria del fallo.

El competente para revocar un fallo es el funcionario que lo profirió, su superior jerárquico o el Procurador General de la Nación. Este funcionario puede asumir directamente el conocimiento de una petición de revocatoria.

Las causales para la revocatoria de un fallo sancionatorio son la infracción manifiesta de las normas constitucionales, legales o reglamentarias y la vulneración o amenaza manifiesta de los derechos fundamentales. Existe un presupuesto de procedibilidad consistente en que contra el fallo no se hubieren interpuesto los recursos ordinarios.

La solicitud de revocatoria del acto sancionatorio es procedente aun cuando el sancionado haya acudido a la jurisdicción contencioso administrativa, siempre y cuando no se hubiere proferido sentencia definitiva. Los artículos son muy claros y especifican que el sancionado podrá solicitar revocación de la pena. El derecho disciplinario comprende, por una parte, el poder disciplinario, es decir, la facultad que hace parte del poder sancionador del Estado, en virtud de la cual aquél está legitimado para tipificar las faltas disciplinarias en que pueden incurrir los servidores públicos y los particulares que cumplen funciones públicas y las sanciones correspondientes. De otro lado, el derecho disciplinario, en sentido positivo, comprende el conjunto de normas a través de las cuales se ejerce el poder disciplinario.

Las faltas disciplinarias como el genocidio, la desaparición forzada, la tortura, el desplazamiento forzado o las violaciones al derecho internacional humanitario, por ejemplo, no sólo plantean el quebrantamiento del deber especial de sujeción que vincula al sujeto disciplinable con el Estado, sino que, además, involucran la afectación del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho

internacional humanitario como supuestos mínimos de la convivencia pacífica en una sociedad civilizada.

Es decir, cuando se incurre en una de esas faltas, no sólo se está ante el quebrantamiento de las normas mediante las cuales el Estado disciplina a sus servidores o a los particulares que desempeñan funciones públicas, pues se está también ante el flagrante desconocimiento de derechos humanos en cuyo respeto no sólo está comprometido cada Estado en particular sino también, y quizá fundamentalmente, la comunidad internacional.

lo que implicaría la impunidad bien lo advierte la norma en caso de delitos de lesa humanidad la indagación preliminar se aumenta en 12 meses con el fin de proceder a evaluar los hechos, para evitar la impunidad que se pudiere presentar en el desarrollo de la investigación.

El archivo definitivo procede cuando no existen las pruebas contundentes para iniciar proceso al implicado, transcurridos seis meses el demandado puede exigir que se cierre el caso, en la sentencia que se presenta a continuación se hace un análisis para determinar si pasados los seis meses y no se a cerrado el caso se pudiera presentar una violación al artículo 29 de la constitución política, que hace referencia al debido proceso de los sindicatos por faltas a la ley.

Sobre este tema, la Corte Constitucional en sentencia C-036 de 2002, al decidir sobre la exequibilidad de los artículos 150 153 sobre la indagación preliminar para determinar si el acusado es culpable o no la corte hace las consultas respectivas frente al artículo 150 que dice: Procedencia, fines y trámite de la indagación preliminar. En caso de duda sobre la procedencia de la investigación disciplinaria se ordenará una indagación preliminar. Para el cumplimiento de éste, el funcionario competente hará uso de los medios legalmente reconocidos y podrá oír en exposición libre al disciplinado "que considere necesario" para determinar la individualización o identificación de los intervinientes en los hechos investigados. El artículo 153 de la Ley 734 de 2002 establece que la investigación disciplinaria

tiene por objeto verificar la ocurrencia de la conducta; determinar si es constitutiva de falta disciplinaria; esclarecer los motivos determinantes, las circunstancias de tiempo, modo y lugar en las que se cometió el perjuicio causado a la administración pública y la responsabilidad del investigado.

Para el actor, la inconstitucionalidad de este artículo radica en que las expresiones acusadas, que corresponden a los fines de la investigación disciplinaria, son semejantes a los de la indagación preliminar, como se puede ver al comparar el artículo 150 con el 153 de la misma Ley 734. Considera, entonces, que se viola el debido proceso, porque pretermite la etapa de indagación preliminar, que es garantía del principio de la presunción de inocencia, en donde se pueden presentar y controvertir pruebas, en una etapa que no es aún formal. Pide que si no se declara inexecutable lo acusado, la Corte señale que es constitucional bajo el entendido de que la norma acusada no se refiere a lo que es competencia de la etapa de indagación preliminar.

La corte después de analizar toda la demanda y hacer las consultas pertinentes al ministerio publico resuelve: Declarar executable la expresión "la ocurrencia de la conducta; determinar si es constitutiva de falta disciplinaria; esclarecer los motivos determinantes, las circunstancias de tiempo, modo y lugar en las que se cometió el perjuicio causado a la administración pública con la falta y" contenida en el artículo 153 de la Ley 734 de 2002.

Segundo: Declarar inexecutable la expresión "En estos eventos la indagación preliminar se adelantará por el término necesario para cumplir su objetivo" contenida en el artículo 153 de la Ley 734 de 2002.

Tercero: Estarse a lo resuelto en la sentencia C-892 de 1999, y, en consecuencia, se declara inexecutable la expresión "que considere necesario" contenida en el artículo 150, inciso 5, de la Ley 734 de 2002,

conforme a lo expuesto puede colegirse, que en relación con un auto de archivo proferido por una oficina de control interno disciplinario, es posible la revocatoria directa siempre y cuando esté referido a conductas que comprometan los derechos humanos o el derecho internacional humanitario, casos en los que la solicitud respectiva puede ser atendida por la misma autoridad que lo emitió, su superior funcional o el Procurador General de la Nación, quienes deben valorar la situación conforme a los requisitos y condiciones establecidos por la Ley Disciplinaria, a los cuales ya se hizo referencia .

Se advierte que si el conocimiento de la revocatoria de las decisiones de archivo o absolutorias relacionadas con derechos humanos, proferidas por las oficinas de control interno, es asumido por la Procuraduría, es al señor Procurador General, a quien de manera exclusiva, corresponde adoptar la determinación pertinente y, en consecuencia, mediante el fallo sustitutivo a que alude el parágrafo del artículo 123 de la Ley 734 de 2002, disponer el procedimiento a seguir en orden a continuar la investigación, según la etapa en que se encuentre, efectos para los cuales podrá avocarla directamente, o remitirla al competente dentro de esta entidad o enviarla a la oficina de control, para que allí se prosiga.

Sobre la decisión que se tome al respecto por este ente de control, puede señalarse que, como todo acto administrativo, ésta se encuentra investida de la presunción de legalidad y resulta obligatoria hasta tanto no sea suspendida o anulada por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

CARACTERISTICAS DE LA REVOCATORIA DIRECTA EN EL DERECHO DISCIPLINARIO

- Procede contra los fallos sancionatorios, de oficio o a petición del sancionado
- Los fallos son revocables solo cuando infrinjan manifiestamente las normas constitucionales, legales o reglamentarias.
- Cuando se vulnere o amenace los derechos fundamentales.

- la revocatoria directa debe decidirla el funcionario competente dentro de los tres meses siguientes a la fecha de su recibo

A partir de la sentencia C-014-04 la Corte Constitucional preciso que este mecanismo excepcional de revisión era extensivo a los autos de archivo y a los fallos absolutorios, cuando la falta disciplinaria que se investiga, fuera de aquellas que constituyen infracción de las normas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y del Derecho Internacional Humanitario.

Al respecto, el alto tribunal dentro del expediente D-4560 se pronuncio sobre la demanda parcial de inconstitucional contra los artículos 123 y 125 de la Ley 734 de 2002 y emitió la sentencia, declarándolos exequibles, haciendo ver que procede la revocatoria del fallo absolutorio y del auto de archivo de la actuación, cuando se trata de las aludidas faltas disciplinarias.

Del mismo modo, declaro exequible el artículo 89 de la Ley 734 002 en el entendido que las víctimas o perjudicados de las faltas disciplinarias que constituyan violaciones del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario también son sujetos procesales y titulares de las facultades a ellos conferidos por la ley.

En tal sentido y relación con este tipo de faltas, también procede la revocatoria directa de los fallos absolutorios y autos de archivo, a solicitud de la victima o perjudicado que haya sido legalmente reconocido dentro de la actuación procesal disciplinaria

Ahora bien, teniendo en cuenta la directiva emitida por la Procuraduría General de la Nación donde se adoptan criterios para identificar las faltas disciplinarias que constituyan graves violaciones al DIH ya DIHD se tiene en cuenta las siguientes:

- ❖ La comprensión de las faltas por graves violaciones al DIH y DIDH, habida cuenta de su trascendencia social, demanda la adopción de criterios que permitan a la autoridad disciplinaria proceder con mayor seguridad y precisión al momento de calificar como tal una determinada falta disciplinaria;

- ❖ Que como en toda cuestión jurídica, el referente que debe consultar la autoridad disciplinara para determinar si una situación fáctica constituye grave violación al DIH, al DIDH o violación al régimen común¹, se encuentra, en la propia Carta Política y en los instrumentos internacionales que, habiendo sido acogidos por Colombia, se han ocupado del tema;

- ❖ Que la anterior afirmación surge de la articulación de dos postulados constitucionales: el artículo 4º que dispone que la Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales y el artículo 93 que dispone que «los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno.» Lo anterior, en concordancia con lo que ha dicho la Corte Constitucional en su sentencia C-067 de 2003 respecto de la integración del bloque de constitucionalidad²;

- ❖ Que la última norma constitucional parcialmente citada, confiere obligatoriedad a la normativa sobre derechos humanos de carácter internacional, por lo que es en dicho escenario donde se debe definir el contenido, implicación y alcance de tales derechos. En el sentido expresado, el preámbulo del Estatuto de Roma de 17 de Julio de 1998, por el que se instituyó la Corte Penal Internacional, caracteriza los delitos violatorios de los derechos humanos y las graves infracciones contra el DIH como «los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto, los cuales no deben quedar sin castigo.

¹ Entiéndase por régimen común el derecho interno en sentido estricto, es decir, el proferido por autoridades del orden nacional.

² Por Bloque de Constitucionalidad debe entenderse la «unidad jurídica compuesta por normas y principios que, sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, son utilizados como parámetros del control de constitucionalidad de las leyes, por cuanto han sido normativamente integrados a la Constitución, por diversas vías y por mandato de la propia Constitución. Son pues verdaderos principios y reglas de valor constitucional, esto es, son normas situadas en el nivel constitucional, a pesar de que puedan a veces contener mecanismos de reforma diversos al de las normas del articulado constitucional strictu sensu».

- ❖ Que lo anterior supone que para que una conducta pueda calificarse como grave violación al DIH o al DIDH, debe entrañar tal severidad, que incluso pueda decirse que ella excede la capacidad de respuesta del Estado, mediante sus mecanismos administrativos o judiciales ordinarios, ameritando un pronunciamiento de orden internacional, siendo esa precisamente la razón para que respecto de los asuntos sobre genocidio (art. 6° del Estatuto de Roma), crímenes de lesa humanidad (art. 7°, ib.), crímenes de guerra (art. 8°, ib.) y agresión internacional (art. 9°, ib.) sean sometidos a la jurisdicción y la competencia de la Corte Penal Internacional, lo cual reafirma su carácter subsidiario y complementario.
- ❖ Que en cuanto al alcance y contenido de cada uno de los asuntos referidos, la propia norma internacional define (salvo agresión internacional, cuyo concepto no ha sido aun precisado):

1. Genocidio - Por genocidio, categoría penal autónoma que bien puede darse en el contexto de un conflicto armado o por fuera del mismo, se entiende cualquier acto perpetrado con la intención de destruir total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, racial o religioso como tal.³

2. Crímenes de lesa humanidad.- En términos del artículo 7 del Estatuto de Roma, por crímenes de lesa humanidad, categoría que para efectos

³ Constituyen actos de genocidio:

- a) Matanza de miembros del grupo;
- b) Lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo;
- c) Sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial;
- d) Medidas destinadas a impedir nacimientos en el seno del grupo;
- e) Traslado por la fuerza de niños del grupo a otro grupo.

disciplinarios corresponde a las graves violaciones de los derechos humanos por fuera de un conflicto armado, debe entenderse cualquier conducta cometida como parte de un ataque generalizado o sistemático contra la población civil y con conocimiento de dicho ataque. El párrafo 2º de dicho artículo define: «Por "ataque contra una población civil" se entenderá una línea de conducta que implique la comisión múltiple de actos mencionados en el párrafo 1 contra una población civil, de conformidad con la política de un Estado o de una organización de cometer esos actos o para promover esa política»⁴ Se desprende de lo anterior:

⁴ Que en el sentido indicado, el artículo 7 del Estatuto de Roma dispone:

1. A los efectos del presente Estatuto, se entenderá por "crimen de lesa humanidad" cualquiera de los actos siguientes cuando se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque:

- a) Asesinato;
- b) Exterminio;
- c) Esclavitud;
- d) Deportación o traslado forzoso de población;
- e) Encarcelación u otra privación grave de la libertad física en violación de normas fundamentales de derecho internacional;
- f) Tortura;
- g) Violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada u otros abusos sexuales de gravedad comparable;
- h) Persecución de un grupo o colectividad con identidad propia fundada en motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, de género definido en el párrafo 3, u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional, en conexión con cualquier acto mencionado en el presente párrafo o con cualquier crimen de la competencia de la Corte;
- i) Desaparición forzada de personas;
- j) El crimen de apartheid;

k) Otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física.

2. A los efectos del párrafo 1:

a) Por "ataque contra una población civil" se entenderá una línea de conducta que implique la comisión múltiple de actos mencionados en el párrafo 1 contra una población civil, de conformidad con la política de un Estado o de una organización de cometer esos actos o para promover esa política;

b) El "exterminio" comprenderá la imposición intencional de condiciones de vida, la privación del acceso a alimentos o medicinas entre otras, encaminadas a causar la destrucción de parte de una población;

c) Por "esclavitud" se entenderá el ejercicio de los atributos del derecho de propiedad sobre una persona, o de algunos de ellos, incluido el ejercicio de esos atributos en el tráfico de personas, en particular mujeres y niños;

d) Por "deportación o traslado forzoso de población" se entenderá el desplazamiento de las personas afectadas, por expulsión u otros actos coactivos, de la zona en que estén legítimamente presentes, sin motivos autorizados por el derecho internacional;

e) Por "tortura" se entenderá causar intencionalmente dolor o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, a una persona que el acusado tenga bajo su custodia o control; sin embargo, no se entenderá por tortura el dolor o los sufrimientos que se deriven únicamente de sanciones lícitas o que sean consecuencia normal o fortuita de ellas;

f) Por "embarazo forzado" se entenderá el confinamiento ilícito de una mujer a la que se ha dejado embarazada por la fuerza, con la intención de modificar la composición étnica de una población o de cometer otras violaciones graves del derecho internacional. En modo alguno se entenderá que esta definición afecta a las normas de derecho interno relativas al embarazo;

g) Por "persecución" se entenderá la privación intencional y grave de derechos fundamentales en contravención del derecho internacional en razón de la identidad del grupo o de la colectividad;

h) Por "el crimen de apartheid" se entenderán los actos inhumanos de carácter similar a los mencionados en el párrafo 1 cometidos en el contexto de un régimen institucionalizado de opresión y dominación sistemáticas de un grupo racial sobre uno o más grupos raciales y con la intención de mantener ese régimen;

i) Por "desaparición forzada de personas" se entenderá la aprehensión, la detención o el secuestro de personas por un Estado o una organización política, o con su autorización, apoyo o aquiescencia, seguido de la negativa a informar sobre la privación de libertad o dar información sobre la suerte o el paradero de esas personas, con la intención de dejarlas fuera del amparo de la ley por un período prolongado.

3. A los efectos del presente Estatuto se entenderá que el término "género" se refiere a los dos sexos, masculino y femenino, en el contexto de la sociedad. El término "género" no tendrá más acepción que la que antecede.

- ❖ Que la norma internacional invocada no se limita a suministrar un criterio inexacto, incompleto o aproximado sobre el contexto real de violación de los derechos humanos. Por el contrario, precisa con exactitud los elementos descriptivos y normativos que permiten apoyar la labor de subsunción típica en criterios jurídicos concretos que no admiten subjetividad o vaguedad interpretativa.
- ❖ Que como resultado de lo expuesto, son varias y exigentes las condiciones de realización de las faltas y de los delitos constitutivos de graves violaciones al DIDH:
- ❖ El contexto de los crímenes de lesa humanidad o de las faltas por graves violaciones al DIDH, no corresponde al conflicto armado, ya que en tal caso, en aplicación del principio de especialidad, la conducta constituiría infracción al DIH o crimen de guerra;
- ❖ No se trata de un único acto, aislado o separado de otros, sino de un conjunto de conductas dirigidas contra la población civil;
- ❖ Las conductas atentatorias contra la población civil deben formar parte un ataque generalizado o sistemático contra ella;
- ❖ Además de tener conciencia sobre la antijuridicidad de su comportamiento particular y concreto, el autor de la conducta debe tener conocimiento y conciencia sobre el ataque generalizado dirigido contra la población civil.
- ❖ La agresión de que se hace víctima a la población civil, debe corresponder o ser el resultado de una línea de conducta que implique la comisión múltiple de los actos previstos en el párrafo 1 del artículo 7 del Estatuto de Roma.

- ❖ La línea de conducta aludida en el numeral anterior, debe obedecer a la política del Estado o de una organización capaz de promover tal política.
- ❖ Que en el orden de ideas expresado, cuando no pueda verificarse la concurrencia de todas las condiciones de realización exigidas por el Estatuto de Roma, estaremos en presencia de una falta disciplinaria de otra naturaleza, y no ante una grave violación al DIDH o un crimen de lesa humanidad. Así sucede comúnmente con las denominadas ejecuciones arbitrarias⁵, en las que, pese a la participación de agentes del Estado, no siempre es posible sostener la convergencia de los requisitos de verificación de una grave violación al DIDH. En tales casos, estaríamos en presencia de un homicidio doloso, simple o agravado según el caso, digno de ser disciplinado como falta gravísima, de conformidad con el numeral 1º del artículo 48 del Código Disciplinario Único;
- ❖ Que dicho lo anterior, debe precisarse: el hecho de que los instrumentos y la doctrina internacionales coincidan en afirmar que los DDHH se reconocen por el Estado en todo tiempo y lugar (salvo las excepciones naturales propias del tiempo de guerra) no implica que sus violaciones ocurran también en todo tiempo y lugar, dado que para ello se requiere la verificación de las condiciones de violación previamente explicitadas.
- ❖ Que las conductas descritas por los numerales 5, 6, 8, 9 y 10 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002, constituyen faltas disciplinarias autónomas, sometidas al término prescriptivo de doce (12) años, sin que por ello puedan calificarse automáticamente como graves violaciones al DIDH;

⁵ Término acuñado internacionalmente, con sustento en el contenido normativo del artículo 4º de la convención americana sobre derechos humanos o pacto de san José de 1969, que dispone que « nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente ».

- ❖ Que coherente con lo anterior, la represión de las faltas que revisten menor gravedad, entidad o connotación, así ellas en última instancia comporten el desconocimiento de derechos que en principio puedan catalogarse como inherentes al ser humano, deberá someterse a los mecanismos ordinarios de respuesta del Estado, mediante el enjuiciamiento por faltas y delitos del régimen disciplinario y penal interno, sin necesidad de calificar la conducta como violación o atentado a los DDHH.
- ❖ Que en el sentido indicado, la autoridad disciplinaria, a efectos de determinar si la conducta investigada constituye o no graves violaciones a los derechos humanos, debe cotejar los hechos materia de inquirir con el artículo 7º del Estatuto de Roma y que en caso de no hallar la exigida correspondencia, debe concluir que la falta investigada reviste otro carácter, descartando su incursión en el campo del DIDH.

3. Crímenes de guerra.- Con relación a los crímenes de guerra, categoría jurídica que para efectos disciplinarios corresponde a las graves violaciones al DIH, de las cuales se ocupa el numeral 7º del artículo 48 de la Ley 734 de 2002⁶, el Estatuto de Roma somete la realización de dichos comportamientos a la infracción de los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949, pero supedita su afirmación a la verificación de condiciones que permitan constatar inequívocamente la gravedad de tales conductas. Se califican como tales, los actos que se cometan como parte de un plan o política de una de las partes en conflicto o como parte de la comisión en gran escala de tales crímenes. Lo anterior implica:

⁶ Ley 734 de 2002. Art. 48-7. Constituye falta gravísima, incurrir en graves violaciones al derecho internacional humanitario.

- ❖ Que la primera labor a cargo de la autoridad disciplinaria consistirá en verificar o establecer que efectivamente la conducta investigada tuvo acaecimiento bajo el contexto de un conflicto armado. En tal sentido, el literal d) del artículo 8º del Estatuto de Roma de 17 de julio de 1998, al ocuparse del ámbito de aplicación de dicho instrumento, distingue los conflictos armados no internacionales, de las situaciones de disturbio o tensión interna, tales como motines, actos aislados y esporádicos de violencia u otros actos de carácter similar.
- ❖ Que de la misma manera que las faltas y delitos por infracción al DIDH, tienen carácter excepcionalísimo, sometido a la verificación de las condiciones consignadas supra, lo propio ocurre respecto de las graves infracciones al DIH o crímenes de guerra, que demandan, además de la constatación del conflicto armado como escenario de realización, que las conductas cometidas formen parte de un plan o política de una de las partes en conflicto, o, alternatively, que su realización pueda ser verificada a gran escala, es decir, que no se trate de un hecho aislado sino de un conjunto de eventos que permitan cuantificarlos en forma apreciable.
- ❖ Que debe entonces deducirse que cuando no puedan verificarse las condiciones de realización exigidas por el Estatuto de Roma, estaremos en presencia de una falta disciplinaria de otra naturaleza, sin que sea dable sostener que toda muerte producida en el marco de una operación militar, o en la que resulte involucrada la Fuerza Pública, tenga automáticamente la connotación de grave violación al DIH o crimen de guerra.
- ❖ Que la regla inferida no tiene carácter absoluto, habida cuenta de las especiales características del conflicto irregular que sufre el Estado colombiano. Es decir, que pese a la ausencia de un plan o política de la Fuerza Pública o de una cuantificación a gran escala, puede llegar a

afirmarse la infracción grave al DIH, cuando el comportamiento materia de inquirir constituya de manera manifiesta una abierta trasgresión de los principios de limitación⁷ y distinción⁸, exigibles en la conducción de las hostilidades armadas.

❖ El Estatuto de Roma tipifica como "crímenes de guerra", cualquiera de las siguientes conductas desplegadas contra personas o bienes protegidos por el DIH:

- Matar intencionalmente;
- Someter a tortura o a otros tratos inhumanos, incluidos los experimentos biológicos;
- Infligir deliberadamente grandes sufrimientos o atentar gravemente contra la integridad física o la salud;
- Destruir bienes y apropiarse de ellos de manera no justificada por necesidades militares, a gran escala, ilícita y arbitrariamente;
- Obligar a un prisionero de guerra o a otra persona protegida a prestar servicio en las fuerzas de una Potencia enemiga;
- Privar deliberadamente a un prisionero de guerra o a otra persona de sus derechos a un juicio justo e imparcial;
- Someter a deportación, traslado o confinamiento ilegales;
- Tomar rehenes;

❖ Que cabe aclarar que la categoría jurídica «persona protegida», corresponde a todo individuo que, aunque se encuentre en el teatro de las hostilidades armadas, no participa de las mismas, debiendo entonces aplicarse una razonable distinción para no extender hacia él los efectos del conflicto. No combaten y en consecuencia son sujetos protegidos:

⁷ Uso excesivo o indiscriminado de la fuerza; violación del principio de proporcionalidad.

⁸ Atentados contra persona protegida o contra bienes protegidos.

- a. Los civiles. Son civiles, las niñas, los niños, las mujeres, los hombres, las ancianas y los ancianos que no combaten.
- b. Los miembros de los cuerpos de socorro o quienes prestan ayuda sanitaria. Médicos, enfermeros, camilleros, conductores de ambulancias, asistentes etcétera.
- c. Quienes prestan ayuda espiritual, llámense, sacerdotes, imanes, rabinos, etcétera.
- d. Quienes deponen las armas.
- e. Los prisioneros de guerra.
- f. Los enfermos, cuando no continúen combatiendo.
- g. Los heridos, cuando no continúen combatiendo.
- h. Los náufragos.
- i. Los paracaidistas que descienden de una aeronave derribada.
- j. De conformidad con el párrafo del artículo 135 del Código Penal, quienes antes del comienzo de las hostilidades fueren considerados como apátridas o refugiados.

❖ El literal b) del artículo 8º del Estatuto, eleva a crimen de guerra, veintiséis (26) violaciones a las normas aplicables a la conducción de los conflictos armados internacionales, al paso que los literales c) y e) de la misma disposición, consagran otras dieciséis (16) infracciones referidas a los conflictos no internacionales.

CONCLUSIONES

- El vencimiento de la investigación preliminar hace parte del derecho al debido proceso a los empleados oficiales vinculados con faltas a la prestación del servicio, en ningún momento el legislador contemplo que esto causara impunidad en los procesos mas bien se acordó el termino de 6 meses para dar garantías al proceso.
- La ley 734 es explicita al indicar que todo acto dentro del servicio no caducara la investigación preliminar si el acto es violatorio del derecho penal internacional o la violación de los derechos humanos, es clara la ley que identifica que la investigación preliminar no cesa a los seis meses sino que tiene 6 meses más para declarar el vencimiento de términos o la formulación de cargos al servidor en caso de hallarse responsable.
- La acción disciplinaria contenida en la ley 734 de 2002 pretende establecer la responsabilidad del servidor público o particular que en el ejercicio de las funciones públicas infrinja sus deberes funcionales. En esa medida el marco del proceso disciplinario está dado en establecer la culpabilidad del funcionario, es decir, si el comportamiento del funcionario lo fue en la modalidad dolosa o culposa.
- Cuando la conducta disciplinaria se produjere bajo el amparo de un acto administrativo que goza de la presunción de legalidad no puede implicar que no sea objeto de juzgamiento por la autoridad disciplinaria o que quede supeditada la investigación a la decisión previa que profiera la Jurisdicción Contencioso Administrativa, por cuanto puede incurrirse en una falta disciplinaria gravísima y, por ende, sancionarse disciplinariamente sin que previamente hubiere sido retirado el acto administrativo del ordenamiento jurídico, al tratarse de acciones cuya naturaleza y objeto son diversos.
- La valoración probatoria, bajo las reglas de la sana crítica, en conjunto, con aportes del conocimiento privado del juez en lo que atañe a las máximas de la experiencia, es una labor necesariamente subjetiva aunque dentro del

marco de la ley; debe señalarse que dicha valoración impone al juzgador el deber de asignar a cada medio probatorio el mérito o poder de convicción que le merecen, que, desde luego puede ser tan distinto cuantos fueren los jueces disciplinarios y, de allí la inseguridad del encartado por lo que atañe a su garantía fundamental de conocer de antemano las reglas de su juzgamiento.

- La expresión del archivo definitivo consagrado en el artículo 141 de la Ley 734 de 2002, vulnera la Constitución y el Debido Proceso ; por cuanto conduce a que muchas conductas desarrolladas por los servidores públicos en contra los intereses del Estado queden impunes.
- Dado que la figura de " definitivo", no permite que se reabra la investigación cuando se han obtenido nuevas pruebas o conoció nuevos hechos que arroja una luz diferente sobre el caso, luego de reducido termino de los seis meses para realizar la indagación preliminar.

BIBLIOGRAFIA

- Ley 734 de 2002.
- El Régimen Disciplinario Estatal / Luz Ángela Garzón Rojas / Grupo Editorial Leyer.
- Temática Jurisprudencial del Proceso Disciplinario / Carolina Mejía Acosta y Jaime Mejía O./ Editorial Doctrina y Ley / Edición 2009.
- Procedimiento Disciplinario / Jaime Mejía Ossman – Silvio Martín Quiñones Ramos / Editorial Doctrina y Ley / Edición 2004.
- Régimen Disciplinario / Jaime Mejía Ossman / Editorial Doctrina y Ley / Edición 2007.
- Código Disciplinario Único – Concordada compilación Jurisprudencia y Doctrina / Editorial Ediciones Doctrina y Ley Bogotá D.C 2003.
- Principios y Garantías Constitucionales en el Ámbito de los Servidores Estatales / José Rory Forero / Editorial Ediciones Nueva Granada Jurídica. Bogotá D.C. 2003.
- El Proceso Disciplinario / Oscar Villegas Garzón / Primera Edición Editorial Ediciones Jurídica Gustavo Ibáñez Bogotá D.C. 2003.
- Doctrina: Resolución no. 089 de Marzo 25 de 2004 Dr. José Edgardo Maya Villazón, Procurador General Nación – Faltas Gravísimas y Dolosas.
- Doctrina: Radicación 162-19255-98 Dr. Edgardo José Maya.

- Salguero David Alonso Salguero; Aspectos sustanciales y procesales de la ley disciplinaria Publicación: Bogotá Ediciones nueva jurídica 2008 . 164 p 24.
- Constitución Política Art. 629 122 a 131 209 222
- Ley 836 de 2003
- Ley 734 art 2 7 11 19 28 31 48 a 51, 54 55, 60,62, 65,69 74, 89, 128 a 141 150 151, 164, 175, 182, 196, 217 A 219

CPP Art 45 189

Decreto leyes 11797 1798 del 2000

Jurisprudencia

- Sentencia C- 79 DE 2002.
- Sentencia C-036 del 2003
- Sentencia C- 211 DE 2006.
- Sentencia C- 59 DE 2007
- Sentencia C-024 DE 2006
- Sentencia C-101 de 2006
- Sentencia C-240 DE 2006
- Sentencia C-206 DE 2006
- Sentencia C-513 de 2002
- Sentencia C-014 de 2004.

Resoluciones 213 de 2003 346 de 2002, 323 de 2002, 170 de 2002, 108 de 2002, 0355 de 2000,

Circulares 021 de 023 de Procuraduría General de la Nación Directiva 006 de 1995.